

VU Research Portal

Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?

Akkermans, A.J.

published in
Verkeersrecht
1999

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J. (1999). Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind? *Verkeersrecht*, 3, 65-69.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?

Een reactie op D. Peepkorn, 'Het oordeel van Paris'

mr A.J. Akkermans *

In een eerder nummer van dit tijdschrift heeft Peepkorn in een fraai betoog de handschoenen opgenomen tegen de in opkomst zijnde 'proportionele leer' ¹). Daarmee doelt hij op het toekennen van een gedeeltelijke schadevergoeding in bepaalde gevallen van onzeker causaal verband. Peepkorn oppert tegen de proportionele leer diverse bezwaren. Zij zou strijdig zijn met het leerstuk van de predispositie, en in plaats van op inzichtelijke wijze de knoop door te hakken door verdeling van het bewijsrisico, gedeeltelijke schadevergoedingen toekennen waarvan de omvang slechts intuïtief kan worden gevonden. Maar zijn grootste bezwaar is dat de proportionele leer slachtoffer-onvriendelijk zou zijn. Geboren uit zeldzame gevallen zou zij ook bij letselschade het beginsel van de volledige schadevergoeding overboord willen zetten en dramatische reducties op de schadevergoeding toepassen. Dat de voor Nederland relatief nieuwe proportionele benadering vraagtekens oproept is logisch, en het is Peepkorns verdienste dat hij deze met zijn betoog - oorspronkelijk een voordracht met lichtbeelden - letterlijk op beeldende wijze aan de orde heeft gesteld. Voor zijn zorgen bestaat echter geen goede grond, zo wordt in het navolgende uiteengezet. Proportionele aansprakelijkheid past uitstekend in ons systeem, is hoe dan ook minder willekeurig dan krampachtig vasthouden aan het 'alles of niets', en is zeker niet slachtoffer-onvriendelijk: men kan op goede grond ook het tegenovergestelde verdedigen.

1. Inleiding

Een arts stelt te laat de juiste diagnose en de patiënt lijdt schade, maar de vraag is of bij tijdige diagnose en behandeling het uiteindelijke behandelingsresultaat wel gunstiger zou zijn geweest. Een advocaat laat een appeltermijn verlopen en het voor zijn cliënt ongunstige vonnis in eerste aanleg wordt definitief, maar de vraag is of het appel wel soelaas zou hebben gebracht. Daartoe aangemoedigd door de literatuur ²) is de rechtspraak in dit soort situaties een nieuwe weg gaan bewandelen, waarin de kans dat het voor de benadeelde beter zou zijn afgelopen wordt geschat, en de schade in evenredigheid met die kans moet worden vergoed. Zo kende het Hof Amsterdam in het arrest Wever/De Kraaker (of Baby Ruth) vergoeding toe voor het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat ³), en liet de Hoge Raad in het arrest Baijings/mr H. nadrukkelijk de mogelijkheid open dat bij het laten verlopen van een appeltermijn de toewijsbare schadevergoeding desnoods wordt geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in hoger beroep zou hebben gehad ⁴). Het gaat hier om een benadering waarvan de

wortels reeds geruime tijd in ons recht aanwezig zijn ⁵), en die ook in de meeste landen om ons heen is aanvaard, zij het dat per land haar toepassingsgebied uiteenloopt ⁶). Het probleem waarvoor zij een oplossing biedt is minder zeldzaam dan Peepkorn veronderstelt - de buitenlandse praktijk wijst dat ook

uit ⁷) - en speelt op allerlei gebieden van het aansprakelijkheidsrecht. Behalve bij fouten van medici, advocaten en andere beroepsbeoefenaars, kan het zich voordoen bij beroepsziekten (werd de longkanker van werknemer veroorzaakt door asbest of door roken? ⁸), bij de berekening van arbeidsvermogensschade (carrière kansen, economische kwetsbaarheid, etc.) ⁹), maar ook bij zulke uiteenlopende onderwerpen als massaschade ¹⁰), precontractuele verhoudingen ¹¹) en de belasting met de kwade kans op toekomstige schade ¹²). In al deze gevallen kan een proportionele oplossing zich aandienen als een alternatief voor het 'alles of niets', waarin of de aangesprokene volledig opdraait voor de schade ondanks de reële mogelijkheid dat het nadeel ook zonder zijn fout zou zijn opgetreden ('alles'), of de benadeelde met lege handen blijft staan ondanks de reële mogelijkheid dat zijn schade door de fout werd veroorzaakt ('niets').

Peepkorn omschrijft de keus tussen deze alternatieven als een 'toerekeningsvraag', maar dat is in dit verband een wat verwarrende term. Het betreffende probleem kan doorgaans zowel worden gevat in termen van schade (is wel werkelijk schade geleden?) als in termen van causaliteit (heeft de fout de gestelde schade(post) wel veroorzaakt?) ¹³). Bij causaal verband wordt traditioneel een onderscheid gemaakt tussen twee fasen, namelijk het vaststellen van *conditio sine qua non*-verband tussen fout en schade (waarbij het om een feitelijke vraag zou gaan) en de toerekeningsfase (die zuiver normatief zou

1. Het oordeel van Paris, VR 1998, blz. 321 e.v.

2. Zie o.m. Stolker, Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties, diss. 1988, blz. 123-127; Faure, (G)een schijn van kans, oratie UM 1993; Van, Onzekerheid over ouderschap en causaliteit, diss. 1995, blz. 261 e.v.; Frenk, NJB 1995, blz. 482 e.v.; De Ridder, AA 1995, blz. 584 e.v.; Brunner, AA 1995, blz. 932 e.v. (op blz. 936); Tjittes, LSA symposium 1996, blz. 21 e.v.; Kerkmeester, NJB 1998, blz. 435 e.v.; Haak, AA 1998, blz. 138; A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, diss. 1997.

3. Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213, VR 1997, 164, A&V 1996, 67 m.nt Akkermans, TvG 1997, 58 m.nt De Ridder. Zie voor uitspraken in dezelfde zin Rb. Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41, VR 1998, 170, TVP 1998, 62 m.nt Bouman; Rb. Arnhem 29 januari 1998 (rolnr 95/755, n.g.); Rb. Amsterdam 28 oktober 1998 (VR 1999, 43, in dit nummer van VR) en Geschillencie Ziekenhuizen 24 maart 1998 (VR 1999, 44, in dit nummer van VR).

4. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 m.nt PAS, A&V 1998, 24 m.nt Akkermans.

5. Zie de losbladige Onrechtmatige daad (oud) (Bloembergen) nr 154 en met name Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231 alsmede HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (Heesch/Reijs), waarover Akkermans a.w., blz. 112 e.v.

6. Ik verwijs naar de rechtsvergelijkende beschrijvingen in mijn proefschrift, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (o.m. besproken door De Bosch Kemper, VR 1998, blz. 165 e.v.).

7. Een voorbeeld dicht bij huis: wie een Belgisch handboek over de aansprakelijkheid van advocaten opslaat, zoals bijv. Depuydt, De aansprakelijkheid van advocaten. Tien jaar rechtspraak (1983-1992), en kijkt onder 'schade', zal zien dat in België op dit terrein de toekenning van proportionele schadevergoeding reeds decennia lang volstrekte routine is, en eerder regel dan uitzondering (voor de Nederlandse jurist een echte eye-opener!). Sinds een principe-uitspraak uit 1984 van het Hof van Cassatie (Cass. 19 januari 1984, RGAR 1986, 11084, nt Vansweevelt) gebeurt dat ook - zij het minder frequent - bij medische fouten (zie de rechtspraakoverzichten in TPR 1984, blz. 542-545, 1987, blz. 1535-1536, 1994, blz. 981-1000).

8. Zie Van en Nijts, TMA 1996, blz. 45 e.v.

9. Zie Barendrecht en Storm, Berekening van schadevergoeding, blz. 180 e.v.

10. Zie onder meer het aangehaalde werk van Faure, Van, Tjittes en Akkermans, alsmede Akkermans VA 1995, blz. 44 e.v.

11. Zie voor het toekennen van schadevergoeding voor het verlies van de kans op het sluiten van een overeenkomst HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 (Heesch/Reijs) waarover Akkermans, a.w., blz. 112 e.v.

12. Zie HR 23 mei 1980, NJ 1980, 466 (Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek) waarover Akkermans, a.w., blz. 122.

13. Schade en causaliteit zijn hier de keerzijden van een en dezelfde medaille en niet van elkaar te scheiden. Zie Akkermans, a.w., par. 3.4.12 e.v., in het bijzonder blz. 195-197.

* Advocaat te Amsterdam.

zijn ¹⁴). Het causale probleem waarvoor de proportionele leer een oplossing wil bieden betreft onzekerheid over het bestaan van *conditio sine qua non*-verband, en ziet dus niet op de toerekeningsfase.

2. Proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van de predispositie

Met het voorgaande is meteen gegeven waarom Peepkorn in proportionele schadevergoeding ten onrechte een aantasting ziet van het leerstuk van de predispositie. Dit leerstuk betreft de *toerekening* van schade in de zin van artikel 6:98 BW in het geval dat het *conditio sine qua non*-verband als vaststaand wordt aangenomen. Zo werd in het arrest ABP/Van Stuyvenberg ¹⁵) aangenomen dat de arbeidsongeschiktheid van de benadeelde door het ongeval was aangevangen, en dat zijn predispositie (een hysterisch-neurotische persoonlijkheidsstructuur) er slechts toe had geleid dat de *omvang* van deze schade groter werd dan normaal doordat de man telkens opnieuw uitviel. En in het geval van de aangereden hartpatiënt ¹⁶) werd expliciet uitgegaan van het bestaan van *conditio sine qua non*-verband tussen de relatief lichte aanrijding en de hartaanval met fatale gevolgen die de benadeelde enkele uren daarna kreeg, zodat ook hier slechts een vraag van toerekening resteerde. Was dat anders geweest, bijvoorbeeld omdat de betreffende hartaanval pas enkele weken na het ongeval had plaatsgevonden terwijl de benadeelde reeds voor het ongeval met enige regelmaat hartaanvalen kreeg, dan was er sprake geweest van het soort onzeker *conditio sine qua non*-verband waarvoor proportionele schadevergoeding een oplossing kan zijn, en had de beslissing van de Hoge Raad naar mijn mening ook anders kunnen uitpakken. Overigens is de volledige toerekening bij predisposities veel minder absoluut dan soms wordt verondersteld, omdat predisposities wel degelijk kunnen leiden tot een 'gedeeltelijke' schadevergoeding door toepassing van een reductie op de looptijd van doorlopende schade ¹⁷). Proportionele schadevergoeding wegens onzeker causaal verband sluit daar nagenoeg naadloos bij aan ¹⁸). Van strijdigheid met het leerstuk van de predispositie is geen sprake.

3. Het beginsel van de volledige schadevergoeding

Peepkorn maakt veel werk van de stelling dat proportionele schadevergoeding in strijd zou zijn met het beginsel van de volledige schadevergoeding. Aan dit beginsel wordt wel vaker gerefereerd, maar over de mate waarin ons schadevergoedingsrecht werkelijk door dit beginsel wordt beheerst kan men twijfelen. In de praktijk is het niet meer dan een uitgangspunt voor de begroting van op grond van andere beginselen vergoedbaar beoordeelde schade. Van de 16 artikelen van afdeling 6.1.10 BW bevatten er tenminste 11 bepalingen die - ieder op hun eigen wijze - ertoe leiden dat de benadeelde in een veelheid van gevallen werkelijk volledige ver-

goeding wordt onthouden ¹⁹). Fundamenteel is de uitzondering bij 'eigen schuld' van artikel 6:101. Krachtens dit artikel wordt de vergoedingsplicht verminderd wanneer de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. In de proportionele leer wordt de vergoedingsplicht verminderd wanneer de schade mogelijk werd veroorzaakt door een omstandigheid die voor risico komt van de benadeelde. Zoals elders door mij toegelicht, kan dit zonder probleem als een (analoge) toepassing van artikel 6:101 worden beschouwd ²⁰). Niet valt in te zien waarom het één alledaagse routine kan zijn, maar het ander de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht zou bedreigen en als 'system-fremd' zou moeten worden verworpen. Zoals hierna (onder 5) zal worden toegelicht, is juist het *niet* vergoeden van kansschades onverenigbaar met de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht ²¹). Aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid leidt helemaal niet tot een breuk in de rechtsontwikkeling, maar slechts tot een voortbouwen op wat al geaccepteerd is ²²). Het kansleerstuk brengt een verfijning aan waar ons recht hard aan toe is. Strijdig met het beginsel van volledige schadevergoeding is het niet, hooguit relativeert het dit beginsel in een mate die niet verder gaat dan bij andere reeds lang geaccepteerde leerstukken.

4. De beslissing in Wever/De Kraker (of Baby Ruth)

In het hiervoor genoemde arrest van het Hof Amsterdam ging het om de vordering tegen een kinderarts wegens het te laat ontdekken van een hersenbloeding bij een baby van drie weken die had geleid tot blijvende afwijkingen. De kinderarts betwistte het *conditio sine qua non*-verband tussen de fout en de schade. Ook bij een vroegere diagnosestelling en behandeling zouden de restverschijnselen zijn overgebleven, aldus de kinderarts. Volgens de deskundigen was "bij geen benadering te zeggen" of bij tijdige diagnose een significante vermindering van de restverschijnselen zou zijn bewerkstelligd. De kans daarop leek hen "niet groot". De rechtbank oordeelde dat de fout de kans op een beter behandelingsresultaat verloren heeft doen gaan. "Dat deze kans nihil of verwaarloosbaar klein was, hebben de deskundigen niet vastgesteld en de gedaagden niet aangevoerd", aldus de rechtbank. De rechtbank begroette daarop de verloren kans op 25%, en veroordeelde de kinderarts op die grond tot vergoeding van 25% van de door de baby geleden schade. In appel overwoog het hof "dat de rechtbank terecht en op goede gronden dit percentage heeft vastgesteld op 25. Dit - afgeronde - percentage is - alle omstandigheden in aanmerking genomen - een juiste schatting". Volgens Peepkorn had de vordering van de benadeelde moeten worden afgewezen. Is de kans reëel dat het gevolg zonder de kunstfout zou zijn uitgebleven dan dient de vordering te worden toegewezen, aldus Peepkorn, is die kans niet reëel dat dient zij te worden afgewe-

zen. Het omslagpunt van de balans tussen alles of niets is volgens Peepkorn "een redelijke mate van waarschijnlijkheid". Daaraan werd niet voldaan, en dus kwam de benadeelde geen recht op schadevergoeding toe ²³).

5. Alles of niets laat kansschades ten onrechte onvergoed

Zoals hieruit blijkt zou het in dit geval de alles-of-niets-benadering zijn geweest die, in tegenstelling tot de proportionele leer, de benadeelde vergoeding zou hebben ontzegd. De belangrijkste ²⁴) juridisch-dogmatische grondslag voor een proportionele schadevergoeding is het leerstuk van het verlies van een kans. Kan bij het mislukken van een medische behandeling door de fout van een arts, niet worden vastgesteld of de behandeling tot genezing zou hebben geleid indien geen fout was gemaakt, dan is wél zeker dat de benadeelde door de fout in elk geval een bepaalde kans verloor op een beter resultaat. De essentie van het leerstuk van het verlies van een kans is het uitgangspunt dat die kans een waarde heeft die op geld waardeerbaar is. Het verlies van de kans op een beter behandelingsresultaat vormt een vermogensschade die moet worden vergoed. Het causaal verband tussen de fout en *deze* schade staat wél vast.

In de regel is dit een valide redenering ²⁵). Dat kansen een zelfstandige waarde kunnen hebben in feitelijk-economische zin is evident. Sommige kansen hebben zelfs een objectieve marktwaarde, zoals opties op aandelen en valuta's, en loten in een loterij. Andere hebben betrekking op overdraagbare vermogensbestanddelen, en zijn dan van invloed op de verkeerswaarde daarvan. Ook van niet overdraagbare kansen, zoals gezondheidskansen, kan de financiële waarde veelal niet worden ontkend, al doet dit wel een iets groter beroep op het voorstellingsvermogen. Met het oog op de inspanningen die in de samenleving worden geleverd voor de verwerving, het behoud, of het benutten van gezondheidskansen, lijken dit soort kansen eerder van onschatbare waarde. De vele miljarden die jaarlijks worden gespendeerd aan medisch onderzoek en gezondheidszorg maken dat een benadeelde moeilijk compensatie kan worden ontzegd met als argument dat aan de door hem verloren gezondheidskansen geen zelfstandige financiële betekenis kan toekomen. Een meer rechtstreekse indicatie voor de financiële waarde van gezondheidskansen zijn de door de benadeelde of diens ziektekostenverzekeraar getrooste wederprestatie. Medische behandelingen hebben eigenlijk heel vaak maar een bepaalde kans op succes, wat niet wegneemt dat er aanmerkelijke bedragen aan worden gespendeerd. Gaat een reële kans op succes door fouten verloren dan kan de financiële betekenis van dat verlies alleen al vanwege die kosten niet worden ontkend.

Staat eenmaal vast dat door het verlies van een genezingskans een vermogensschade werd geleden dan kunnen de - evidente - moeilijkheden bij de begroting daarvan geen

beletsel zijn om schadevergoeding toe te wijzen. Dat volgt uit het beginsel dat wanneer een schade voldoende zeker is in haar bestaan, de moeilijkheid om haar omvang te bepalen niet aan haar vergoeding in de weg kan staan²⁶). Bij de begroting van schade komt de Nederlandse rechter een zeer grote vrijheid toe. Desnoods kan hij haar omvang *ex aequo et bono* vaststellen.

Zo beschouwd schiet het betoog van Peepkorn zijn lovenswaardige doel voorbij. Peepkorn wil opkomen voor de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht, vermoedt in proportionele aansprakelijkheid ten onrechte een bedreiging daarvan, en om het bastion te behouden committeert hij zich aan een benadering die zelf onder omstandigheden aan benadeelden de compensatie van de door hen geleden schade ontzegt.

Dat klemmt te meer bij kansen die substantiëler van omvang zijn dan de 'niet groot' geachte kans in Wever/De Kraker. Misschien was hier de veroorzakingswaarschijnlijkheid zo gering dat, zoals Peepkorn stelt, goed uit te leggen was geweest dat het slachtoffer met lege handen bleef staan. Dat blijft deels kwestie van appreciatie. Ook het leerstuk van het verlies van een kans vindt slechts toepassing boven de ondergrens van de zeer kleine kans²⁷). Toch zou volledige afwijzing van de vordering naar mijn mening iets onbevredigends hebben gehad, omdat de kinders nu eenmaal een kunstfout had gemaakt die mogelijk causaal was voor de (ernstige) schade. Niemand kon het slachtoffer met lege handen naar huis sturen met de motivering dat de kunstfout zeker niets heeft uitgemaakt. Integendeel, het is zelfs vrij aannemelijk dat zij de schade in elk geval een beetje erger heeft gemaakt, en misschien zelfs meer dan een beetje. Dan lijkt mij een vergoeding die *ex aequo et bono* op 25% wordt gesteld zo gek nog niet.

Hoe men hierover in het concrete geval van Wever/De Kraker ook moge denken, in het algemeen is juist het *niet* vergoeden van

schades onverenigbaar met de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht. Daarom kan men van de proportionele leer met minstens evenveel recht zeggen dat zij juist slachtoffervriendelijk is.

6. Het arbitraire van 'alles of niets'

Aan de hand van Wever/De Kraker betoogt Peepkorn dat de rechtvaardigheid van het alles of niets beter te verdedigen is dan een proportionele aanpak. Dat deze veronderstelling niet houdbaar is blijkt duidelijk als men gaat rechtsvergelijken. Inherent aan de alles-of-niets-benadering is het bestaan van een omslagpunt tussen alles en niets. Zeggen, zoals Peepkorn doet, dat dit omslagpunt bij 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid' ligt is *begging the question*. Wat is redelijk en waarom? De kwestie is fundamenteel. Benadrukken dat het de andere partij altijd nog vrijstaat om tegenbewijs te leveren doet geen recht aan de situaties waarover het hier gaat, waarvan immers de essentie is dat met de beste wil van de wereld niet is vast te stellen

wat het eindresultaat zou zijn geweest als de fout niet was gemaakt, niet door de benadeelde, niet door de gedaagde, en ook niet door onafhankelijke deskundigen. Wat op zijn best kan gebeuren is het (globaal) inschatten van waarschijnlijkheden.

In verschillende landen wordt aangenomen dat het omslagpunt zou moeten liggen op een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 50%. Men spreekt wel van de 'balance of probabilities'. Op zichzelf lijkt dat consistent: boven 50% is de kans dat de benadeelde een recht op schadevergoeding toekomt in elk geval groter dan de kans op het tegendeel, en omgekeerd. De ervaringen in het buitenland met de 'balance of probabilities' zijn echter funest, juist op het terrein van de medische fouten, en in de Amerikaanse rechtspraak de expliciete aanleiding geweest om een proportionele benadering te omarmen²⁸). Het trekken van een grens leidt er namelijk onherroepelijk toe dat één procent verschil in veroorzakingswaarschijnlijkheid (net onder of net boven het omslagpunt) in principe het hele verschil gaat uitmaken tussen alles en niets. Dat levert niet alleen moeilijk te rechtvaardigen verschillen op, maar leidt ook tot de 'battle of experts'. Daarmee wordt het verschijnsel bedoeld dat bij substantiële onzekerheid over het causaal verband, voor elke deskundige die verklaart dat een kans groter is dan 50%, er wel een gevonden kan worden die het tegendeel beweert²⁹).

Vluchten kan niet, zo heeft de Amerikaanse praktijk bewezen. Wanneer de rechter zich niet wil laten vastpinnen op 50% (of enig ander percentage) en meer globale formuleringen aanhoudt, gaan benadeelden het met steeds lagere waarschijnlijkheden proberen. In mijn proefschrift noemde ik dit, naar een bekende Amerikaanse uitspraak, het 'Herskovits-effect'³⁰). Door dit verschijnsel zal de rechter - in elk geval op een terrein met waarschijnlijkheden die in toenemende mate kwantificeerbaar zijn, zoals op het terrein

van de medische fouten - vroeg of laat kleur moeten bekennen, en of de heikele vraag naar het precieze omslagpunt tussen alles en niets beantwoorden, of een proportionele vergoedingsplicht gaan aannemen, zoals in verschillende Amerikaanse deelstaten is gebeurd. Vaag doen over het omslagpunt, al of niet wat toegedekt met formules over de verdeling van het bewijsrisico, is een doodlopende weg.

Peepkorn verwijt de proportionele leer dat zij kanspercentages hanteert die slechts intuïtief kunnen worden gevonden, maar bij het hanteren van een omslagpunt is de beer pas echt los. De Amerikaanse ervaringen laten zien dat alle - op zich volstrekt gerechtvaardigde - bedenkingen van Peepkorn over het weinig exacte karakter van kanspercentages, zich uiteindelijk tegen de alles-of-niets-benadering keren, maar dan in het kwadraat, omdat in die benadering één procent het dramatische verschil uitmaakt tussen alles en niets. Juist vanwege het boterzachte karakter van kanspercentages kan dat niet werkelijk worden gerechtvaardigd. Waar men de grens ook precies zou willen trekken, als men enigszins in de buurt van het omslagpunt komt, raakt het billijkheidsgehalte van de alles-of-niets-benadering al spoedig zoek.

Maar ook zolang men het aangeven van een precies omslagpunt weet te vermijden is het zeker niet zo, dat zich zou laten uitleggen waarom de uitkomst van de 'balance of probabilities' rechtvaardig is, en de uitkomst van het toeschatten van een kanspercentage niet. In de echte probleemgevallen is het per definitie een dubbeltje op zijn kant, hetgeen de beslissing volgens het alles of niets geen cent minder natte vingerwerk maakt dan het bepalen van een percentage. Dat laatste is juist makkelijker te accepteren omdat het van zijn vergaande gevolgen is ontdaan. Een beslissing volgens het alles of niets, hoe ook voorgesteld, voltrekt zich in werkelijkheid ook helemaal niet minder in de "geheimzin-

14. Zie *Schadevergoeding* (Boonekamp), art. 98, aant. 4. In werkelijkheid is de scheiding tussen de 'feitelijke' en de 'normatieve' fase veel minder absoluut dan men wel doet voorkomen. Zie Akkermans, a.w., blz. 433 e.v. alsmede Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, in: Tussen 'alles' en 'niets', Van toedeling naar verdeling van nadeel (1997).

15. HR 4 november 1988, NJ 1989, 751, VR 1989, 97.

16. HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372 m.nt GJS, VR 1975, 85 m.nt Br.

17. Peepkorn wijst daar ook op (blz. 323).

18. Zie Akkermans, a.w., blz. 178-179.

19. Ik bedoel de art. 95, 96, 101, 105, 106, 107, 108, 109 en 110. Vgl. Bouman en Van Wassenae van Catwijck, VR 1993, blz. 227 rk.

20. Zie de hoofdstukken 2 en 7 van mijn proefschrift. Instemmend: Bloembergen, WPNR 6279 (1997) blz. 507.

21. Het verwijt van Peepkorn, dat de relatie tussen proportionele aansprakelijkheid en de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht in mijn proefschrift niet wordt geproblematiseerd (blz. 324 mk), is m.i. onterecht. De passage uit mijn proefschrift die Peepkorn in zijn noot 28 citeert, wordt door hem in een onjuiste context geplaatst, waardoor zij precies de omgekeerde betekenis lijkt te hebben dan zij heeft.

22. In dezelfde zin Bloembergen, WPNR 6279 (1997) blz. 508 ik.

23. Wel acht Peepkorn het verdedigbaar om smartengeld toe te kennen wegens aantasting van de persoon, door de kunstfout, en het eventueel daaraan verbonden meerdere leed en pijn. Op zichzelf ben ik niet tegen dit soort tussenoplossingen (integendeel) maar ik vind zo'n aanpak niet erg consequent: als er, zoals Peepkorn stelt,

rechtens vanuit moet worden gegaan dat de fout de schade niet heeft veroorzaakt, heeft het dan niet iets geforceerds om er wel vanuit te gaan dat zij immateriële schade heeft veroorzaakt? Of zo'n aanpak beter aan de benadeelde valt uit te leggen dan toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans, betwijfel ik.

24. Maar dus niet de enige, zie Akkermans, a.w., hfdst. 7.

25. Zie nader Akkermans, a.w., blz. 168 e.v., alsmede A&V 1996, blz. 67 e.v.

26. Dit beginsel komt tot uitdrukking in art. 6:97: "Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat". Op dit beginsel stuiten ook alle - op zich plausibele - bedenkingen af tegen het eventuele gebruik van statistische gegevens bij het begroten van een proportionele schadevergoeding. Zie nader Akkermans, a.w., blz. 181-192, alsmede VA 1995, blz. 51-52.

27. Zie over de minimale en maximale grootte van een te vergoeden kans, Akkermans, a.w., blz. 244 e.v.

28. Zie de ontwikkelingen beschreven in Akkermans, a.w., par. 3.3.5.

29. Zie bijv. Thompson v. Sun City Community Hospital, 688 P.2d 605 (1984) waarin het Arizona Supreme Court de traditionele alles-of-niets-grens van 50% verwierp (en in plaats daarvan het leerstuk van het verlies van een kans aanvaardde) onder meer met het argument: "for every expert witness who evaluates the lost chance at 49% there is another who estimates it at closer to 51%" (688 P.2d 605, blz. 615). In dezelfde zin het gerecht in Waffens v. United States, 799 F.2d 911 (4th Cir. 1986) op blz. 923.

30. Naar Herskovits v. Group Health Cooperative, 99, Wash.2d 609, 664 P.2d 474 (1983), waarover Akkermans, a.w., blz. 150.

nigheid", waarvan Peeperkorn de proportionele leer beticht, dan het benoemen van een kanspercentage. Integendeel, bij het laatste laat de rechter zich veel meer op de vingers kijken dan bij het eerste. Dat heeft niets van doen met de "quasi-wetenschappelijke hocus pocus", waarvan Peeperkorn de proportionele leer verdenkt, wel met de openlijke erkenning dat een logisch dwingende uitkomst nu eenmaal niet kan worden gevonden.

In een proportionele benadering hoeft geen omslagpunt te worden aangewezen. Ook hier zullen onzekerheden over de omvang van kansen blijven bestaan, maar dat is veel minder bezwaarlijk omdat die van hun dramatische gevolgen zijn ontdaan. Het bepalen van een kanspercentage hoeft bij medische fouten ook niet altijd even intuïtief als in Wever/De Kraker lijkt te zijn gebeurd. Juist op dit terrein is sprake van een toenemende beschikbaarheid van wetenschappelijke gegevens over kansen en risico's, die ook in toenemende mate betrouwbaar zijn, en die de rechter mede aan zijn oordeel ten grondslag kan leggen³¹⁾. Maar zelfs voorzover geen bruikbare gegevens voorhanden zijn, kan het intuïtieve karakter van de beslissing over het kanspercentage moeilijk redengevend zijn om een proportionele oplossing volledig van de hand te wijzen: het bepalen van het percentage 'eigen schuld' in de zin van artikel 6:101 geschiedt zoals bekend eveneens intuïtief, hetgeen - terecht - wel bezwaarlijk wordt geacht, maar door niemand wordt aangegrepen als argument om het artikel maar helemaal buiten toepassing te laten.

7. Het verlies van een kans bij de begroting van arbeidsvermogensschade

Op één punt zijn de reserves van Peeperkorn naar mijn mening wel in vergaande mate op hun plaats, en dat betreft, zoals ik hem begrip, eigenlijk ook het 'pièce de résistance' van zijn bezwaren: wanneer het gaat om schade-reducerende kansen bij de begroting van arbeidsvermogensschade dient een proportionele benadering met een zekere terughoudendheid te worden toegepast.

Het gaat hier bepaald niet om de cijfers achter de komma. De problematiek van de carrièrekansen krijgt groot gewicht wanneer de professionele carrière van het slachtoffer ten tijde van het ongeval, wegens jeugdige leeftijd of om andere redenen, nog niet was aangevangen of hervat. Of zonder ongeval de beoogde opleiding zou zijn afgrond en/of de beoogde carrière een aanvang zou hebben genomen, kan uit de aard der zaak niet met zekerheid worden vastgesteld. Dergelijke gebeurtenissen zijn per definitie slechts meer of minder waarschijnlijk. De veronderstelling waarop de begroting wordt gebaseerd - wel of niet met succes de beoogde studie afgerond, wel of niet een baan gevonden die daarbij aansluit - kan al gauw honderdviertig gulden verschil uitmaken.

De aan dit soort - door het ongeval hypothetisch geworden - gebeurtenissen inherente onzekerheid kan niet zonder meer aanleiding

zijn om een reductie toe te passen op de omvang van de te vergoeden arbeidsvermogensschade, bijvoorbeeld door bij een slagingskans die op minder dan 100% moet worden geschat, slechts 80% of 90% van het hogere inkomen waartoe het diploma en een daarop gebaseerde carrière zouden hebben geleid, in de begroting op te nemen. Wanneer het gaat om kansen die van belang zijn voor de omvang van arbeidsvermogensschade dient het letselschadeslachtoffer in hoge mate het voordeel van de twijfel te krijgen. Of, zoals de Hoge Raad oordeelde in het arrest Vehof/Helvetia³²⁾, "aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen (mogen) geen strenge eisen (...) worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad".

De rechtsgrond voor deze tegemoetkoming aan het letselschadeslachtoffer kan naar mijn mening niet zijn gelegen in de omstandigheid dat "het (...) de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval (is) die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied" (zoals de Hoge Raad zijn beslissing motiveert) of dat de aansprakelijke partij het wedden op een door hem uit de race genomen paardje niet meer vrij zou staan (het adagium waaraan Peeperkorn refereert). Die omstandigheid doet zich namelijk *altijd* voor. Vragen van schade en causaal verband dienen altijd te worden beantwoord door vergelijking met de hypothetische situatie die zou hebben bestaan wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Deze 'vergelijkingshypothese' is naar haar aard nooit vatbaar voor bewijs in de zin van kenbaarheid, maar bestaat per definitie uit veronderstellingen, met hooguit een zeer hoge waarschijnlijkheidsgraad. Is door omstandigheden die waarschijnlijkheidsgraad wezenlijk minder dan 99%, dan is dat in zekere zin altijd 'omdat' de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis heeft plaatsgevonden. Trekt men deze redenering consequent door, dan zou de bewijslast over causaal verband en schade-omvang *altijd* omgekeerd moeten worden. Een zo vergaande rechtsregel wordt naar mijn weten door niemand bepleit. Naar mijn mening behoren het letselschadeslachtoffer de zwakke plekken in zijn persoon (zijn gezondheid en zijn vermogen om carrière te maken) in rechte slechts met de nodige terughoudendheid te worden voorgehouden omdat het slachtoffer recht heeft op respect. Het slachtoffer kan niet langer bewijzen wat hij waard zou zijn geweest in de hypothetische situatie zonder ongeval. Tegen het afdingen op (de gevolgen van) zijn persoonlijke kwaliteiten in die hypothetisch geworden situatie kan hij zich slechts zeer beperkt verweren. Het gaat niet aan dat de aansprakelijke partij het slachtoffer van letsel in rechte ook nog eens zoveel mogelijk gaat

kleineren teneinde de omvang van zijn schadevergoedingsplicht zoveel mogelijk te beperken, ook niet als daar objectief gezien best enige aanknopingspunten voor bestaan³³⁾. Dat is geen logische maar een rechtspolitieke opdracht, geen kwestie van 'balance of probabilities', maar van goede zeden.

Zou het recht het slachtoffer hier niet in bescherming nemen, dan zou dat ook de deur openzetten voor allerlei maatschappelijke vooroordelen en waan van de dag. Van de notabelenzoon zal men relatief snel geneigd zijn aan te nemen dat hij zijn psychische problemen wel te boven zou zijn gekomen, maar of de vrouw uit de achterstandswijk het wel "zou hebben kunnen opbrengen" (om met het Hof Den Haag in Vehof/Helvetia te spreken) om haar carrière weer in het gareel te krijgen vindt men al snel veel meer de vraag. De vreemde vogel zou vast in veel meer sloten tegelijk zijn gelopen dan de brave conformist. Iedereen behoort gelijk te zijn voor de wet, en dat betekent hier dat iedereen in gelijke mate recht heeft op het voordeel van de twijfel. Uiteraard vindt ook dit zijn grenzen. Gunstige kansen kunnen zodanig klein zijn, of kwade kansen zodanig groot, dat in redelijkheid niet langer het uitgangspunt kan zijn dat zij zich wel (gunstige kansen) of juist niet (kwade kansen) zouden hebben gerealiseerd. In mijn visie is dan mogelijk wel een rol weggelegd voor een proportionele benadering. Bij kansen en risico's die *niet* afhangen van de persoonlijke kwaliteiten van de benadeelde, maar van objectief bepaalde, externe factoren (bijvoorbeeld een loting), lijkt het eveneens minder bezwaarlijk om deze eventueel naar rato van hun omvang van invloed te laten zijn op de omvang van de schadevergoeding. En bij 'goede en kwade kansen' die geen betrekking hebben op de 'vergelijkingshypothese' (toestand zonder ongeval) maar op de 'toekomsthypothese' (toekomstige toestand met ongeval) bestaat naar mijn mening eveneens minder bezwaar om deze eventueel naar rato van hun omvang in aanmerking te nemen. Met betrekking tot *deze* kansen kan het slachtoffer zich immers in theorie nog wel bewijzen. Anders dan bij onzekerheden met betrekking tot de vergelijkingshypothese staat hij hier niet met de rug tegen de muur. Concreet betekent dit dat bij de aan deze materie inherente twijfel over de vraag of het letselschadeslachtoffer een bepaalde opleiding met succes zou hebben afgerond, het hogere inkomen waartoe het diploma en een daarop gebaseerde carrière zouden hebben geleid, in beginsel voor de volle 100% in aanmerking moet worden genomen. Dit behoudens het geval dat de aansprakelijke partij erin slaagt om hard te maken dat dit niet redelijk zou zijn, bijvoorbeeld door de slagingskans op een geloofwaardige wijze te kwantificeren op 50% of minder, in welk geval een proportionele toewijzing in de rede kan liggen. Aan dit 'tegenbewijs' dienen serieuze eisen te worden gesteld. Het letselschadeslachtoffer komt - zij het binnen redelijke grenzen - ook hier het recht toe op het voordeel van de twijfel.

8. Besluit

Mits verstandig en voorzichtig toegepast biedt de proportionele leer een alleszins aanvaardbare uitweg uit het dilemma van onzeker causaal verband. Zij zoekt haar rechtvaardiging niet in het streven om de uitdijende aansprakelijkheidslast in te perken, maar in de inherente tekortkomingen van het alles of niets. Haar aanvaarding zet niet de compensatiefunctie van het aansprakelijkheidsrecht op de tocht, maar voorziet de rechter gewoon van een extra mogelijkheid om een zo redelijk mogelijke oplossing te geven voor bepaalde problematische gevallen. Uiteraard hang veel af van de voorwaarden

waaronder en wijze waarop men aan de proportionele leer toepassing geeft. *"Der Teufel steckt auch hier wohl im Detail"*, zo merkte de Duitse jurist Erwin Deutsch in dit verband eens op³¹). Men name dient ervoor te worden gewaakt dat de rechter niet te snel zijn toevlucht neemt tot de tussenoplossing van proportionele schadevergoeding, maar zich eerst voldoende inspannt om te zien of niet tóch te achterhalen valt of causaal verband met de definitieve schade bestaat of juist niet, bijvoorbeeld door het geven van (nadere) bewijsopdrachten of het gelasten van (nader) deskundigenonderzoek. Ook dient het gevonden kanspercentage zo uitvoerig mogelijk te worden

gemotiveerd. Justitiabelen hebben er recht op dat de rechter zich in zijn oordeelsvorming zo veel mogelijk op de vingers laat kijken. Zolang de rechtsontwikkeling op dit gebied zich kan blijven verheugen in de kritische belangstelling van gezaghebbende commentatoren als Peepkorn, kan de toekomst met vertrouwen tegemoet worden gezien. Het oordeel is thans niet aan Paris, maar aan Themis.

31. *Hetgeen wat anders is dan hen klakkeloos over te nemen (zulks ter vermijding van een veel voorkomend misverstand).*

32. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624, VR 1998, 121.

33. Vgl. Mon. Nieuw BW B37 (Bouman/Tilanus) nr 32b, waar wordt opgemerkt dat iets dergelijks "minder kies" is.

34. *Versicherungsrecht* 1988, blz. 4 rk.

Boekbespreking

M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* *

De rechtspraktijk onder het EVRM vergeleken met die in Nederland

A.J. Verheij **

* Algemeen

De genoemde dissertatie van Van Emmerik richt zich op schadevergoeding bij schending van mensenrechten door de overheid. Mensenrechten kunnen door de overheid in velerlei contexten worden geschonden. In het kader van het strafrecht valt te denken aan onrechtmatig gebruik van dwangmiddelen zoals voorlopige hechtenis of huiszoeking. Buiten het strafrecht kunnen vreemdelingen of psychiatrische patiënten het slachtoffer worden van een schending door de overheid. Tenslotte kunnen mensenrechten ook in een civielrechtelijke 'setting' worden geschonden. Het zal dan voornamelijk gaan om de procedurele mensenrechten van art. 6 EVRM ('fair trial').

De Nederlandse rechter kan op grond van art. 6:162 BW schadevergoeding toekennen wegens de schending van een mensenrecht. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ontleent zijn bevoegdheid aan art. 50 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM)¹). Dit artikel luidt in de Nederlandse vertaling als volgt:

"Indien het Hof verklaart, dat een beslissing of maatregel die door een rechterlijke instantie of door enige andere instantie van een Hoge Verdragsluitende Partij is genomen, geheel of gedeeltelijk in strijd is met de verplichtingen die uit dit Verdrag voortvloeien, en indien het nationale recht van deze Partij slechts gedeeltelijk rechtsherstel ten aanzien van de gevolgen van deze beslissing of van deze maatregel toestaat, wordt bij de beslissing van het Hof, zo nodig, aan de getroffen partij een billijke genoegdoening toegekend".

2. Probleemstelling

In het onderzoek wordt allereerst een vergelijking gemaakt tussen de Nederlandse scha-

devergoedingspraktijk op basis van art. 6:162 BW en die van het EHRM op grond van art. 50 EVRM.

De auteur onderzoekt enerzijds in hoeverre het Nederlandse schadevergoedingsrecht op dit gebied dient te veranderen met het oog op de Straatsburgse rechtspraak. Anderzijds beschouwt hij de Straatsburgse jurisprudentie met een kritisch oog en formuleert zo nodig aanbevelingen. Bij een en ander ligt de nadruk op vergoeding van immateriële schade. Deze vergelijking maakt het leeuwendeel uit van het onderzoek. In het Algemeen deel en in het Bijzonder deel worden de te vergelijken schadevergoedingssystemen uitvoerig beschreven. Daarbij besteedt de auteur zowel aandacht aan het materiële als aan het formele recht. In het Slotdeel wordt in hoofdstuk 7 de uiteindelijke vergelijking gemaakt. Daarnaast komt in het onderzoek een tweede probleem aan de orde. In het Slotdeel (in hoofdstuk 8) legt de auteur namelijk een verband tussen het Nederlandse en het Straatsburgse schadevergoedingsrecht. De onderzochte vraag is hier wat voor praktisch effect een overwinning in Straatsburg nu precies heeft voor het slachtoffer. Welke mogelijkheden biedt het Nederlandse recht hem om herstel van zijn schade te bewerkstelligen? In het onderstaande volgt een weergave van een aantal standpunten die de auteur in de hoofdstukken 7 en 8 inneemt ten aanzien van vergoeding van immateriële schade respectievelijk rechtsherstel naar Nederlands recht.

3. Vergoeding van immateriële schade

Het feit dat het EHRM tot de conclusie komt dat (een van de bepalingen van) het EVRM is geschonden, betekent nog niet dat het slachtoffer automatisch smartengeld krijgt. In een groot aantal gevallen overweegt het EHRM namelijk dat de enkele vaststelling van de verdragsschending voor het slachtoffer voldoende genoegdoening oplevert. In deze jurisprudentie valt weinig lijn te ontdek-

ken, niet in de laatste plaats omdat het EHRM zijn beslissing om al dan niet smartengeld toe te wijzen nauwelijks motiveert. Het wisselende en onnavolgbare gebruik van de bevoegdheid smartengeld toe te kennen, wordt door de auteur - terecht - bekritiseerd. Voorts is hij van mening dat het enkele gelijk krijgen van de rechter slechts voldoende genoegdoening oplevert, indien er sprake is van immateriële nadeel dat zo gering is, dat vergoeding daarvan redelijkerwijze niet in aanmerking komt. De jurisprudentie van het EHRM verdient op dit punt dan ook geen navolging door de Hoge Raad.

Positief daarentegen waardeert hij het gegeven dat het EHRM smartengeld toekent bij schending van de procedurele rechten van art. 6 EVRM. In dit opzicht is het EHRM vrijgevig dan zijn Nederlandse collega. Hieraan zou deze laatste een voorbeeld kunnen nemen. Verdragsconforme interpretatie of wetswijziging zijn daarbij zijns inziens niet vereist, omdat de schending van procedurele rechten eenvoudig onder de woorden 'op andere wijze in de persoon aangetast' (art. 6:106 lid 1 sub b BW) kan worden begrepen. Hoewel deze gedachte zeker sympathiek is, was enige nadere uiteenzetting op dit punt wenselijk geweest, te meer nu de Parlementaire Geschiedenis van art. 6:106 BW nauwelijks aanknopingspunten voor een dergelijke interpretatie verschaft. De reden dat de auteur hier afziet van dogmatische reflectie is waarschijnlijk gelegen in zijn hier en elders gehanteerde teleologische rechtsvinding, waarbij een effectieve bescherming van de rechten van de mens vooropstaat. Het zou interessant zijn geweest te onderzoeken hoe deze doelstelling zich verhoudt tot de andere doelstellingen van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

* *Dissertatie Leiden 1997, Stichting NJCM-Boekenrij 29, 442 p., f 72,50 (leden NJCM f 67,50), excl. BTW, ISBN 90-6750-030-5.*

1. Door de inwerkingtreding van het Elfde Protocol op 1 november 1998 is art. 50 EVRM vernummerd tot art. 41. Ook de tekst is gewijzigd, maar daarmee zijn geen inhoudelijke wijzigingen beoogd. In het onderstaande houd ik voor het gemak de oude nummering aan. Voor de nieuwe tekst zie NJCM-Bulletin, nr 7, p. 814-825.

2. HR 17 december 1993, NJ 1994, 193 en HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 85 m.nt G.R. Rutgers, VR 1998, 154 m.nt CCvD, en I. Giesen, NTBR 1998/3, p. 87-92.

3. EHRM 27 september 1995, A-325.

** AIO verbonden aan de afdeling privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam.